

Procédure pénale  
janvier 2006 - décembre 2006

Jean Pradel, Professeur émérite de l'Université de Poitiers, Ancien juge d'instruction

#### L'essentiel

Sans être révolutionnaire au cours de l'année 2006, la jurisprudence a fait preuve de rigueur dans l'application des principes.

Sur le plan des actions, une loi créant un nouveau cas de transaction exige la précision.

En cas de dissimulation des faits, le juge doit indiquer avec netteté le jour où le parquet a pris connaissance des faits pour savoir si ceux-ci sont prescrits. L'action civile contre un instituteur, exercée devant le juge pénal, peut n'être motivée que par le souci de corroborer la preuve.

Sur le plan de la preuve, une jurisprudence établit fermement le principe de la loyauté, marquant ainsi un rapprochement avec la Cour de Strasbourg.

Sur le plan de la procédure d'instruction, la jurisprudence en matière de nullité entend largement le préjudice en permettant à une partie d'agir même si l'irrégularité ne la concerne pas directement et même si la saisie de courrier avec un avocat intéresse une autre procédure.

Enfin au cours de la phase de jugement, le prévenu peut refuser un avocat d'office et choisir librement le sien, fût-ce en contraignant la juridiction à accepter un renvoi ou au moins à motiver son refus de renvoi.

#### I - Les actions

##### A - Action publique

##### 1 - Transaction. Insuffisances de la loi fondatrice

Selon l'article 6, alinéa 3, du code de procédure pénale, l'action publique « *peut... s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément...* ». Il en est ainsi dans certaines matières techniques, et par exemple, une ordonnance du 18 juillet 2005 (ord. n° 2005-805 prise en application d'une loi du 9 décembre 2004 habilitant le gouvernement à prendre par ordonnance - art. 38 Const. - les dispositions nécessaires pour « instituer un régime de transaction pénale » pour certaines infractions) ajoute au code de l'environnement un article L. 216-14 sur les polices de l'eau et des milieux aquatiques. Cette disposition permet à l'autorité administrative de transiger sur la poursuite des contraventions et délits en matière de l'eau et des milieux aquatiques. Elle ajoute que « l'action publique est éteinte lorsque l'auteur de l'infraction a exécuté, dans les délais impartis, les obligations résultant pour lui de l'acceptation de la transaction » et elle impose à l'autorité administrative de recueillir l'accord du parquet.

Or, l'association France Nature Environnement a saisi le 28 juillet 2005 le Conseil d'Etat aux fins d'annulation de l'article L. 216-14 du code de l'environnement, pour défaut de conformité aux articles 34 et 38 de la Constitution. On rappellera en effet que la légalité des ordonnances

de l'article 38 peut être appréciée par le juge de l'excès de pouvoir (CE 3 nov. 1961, *Damiani*, Lebon. 607 ; Cons. const., 8 août 1985, n° 85-196 DC, § 23, Rev. adm. 1985. 572, note Etien, Favoreu et Philip) et que la constitutionnalité de la loi d'habilitation à la base de l'ordonnance, doit être appréciée par le Conseil d'Etat (Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, § 24, D. 2000. Somm. 425, obs. Ribes  ; AJDA 2000. 31, note Schoettl  ; RTD civ. 2000. 186, obs. Molfessis ).

Le Conseil d'Etat considère que l'article L. 216-14 du code de l'environnement, créé par l'ordonnance du 18 juillet 2005, ne prévoit pas avec assez de précisions le statut de la transaction. Rien n'est dit sur l'intervention d'une transaction quand l'action publique a déjà été mise en mouvement. Rien n'est dit non plus sur les mesures sur lesquelles il est possible de transiger. Rien n'est dit encore sur la compétence d'un magistrat du siège pour homologuer la transaction une fois que l'action publique a été mise en mouvement. Dès lors, l'ordonnance viole l'article 66 de la Constitution selon lequel l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.

De la sorte, le Conseil d'Etat dans son arrêt du 30 juin 2006 annule l'ordonnance du 18 juillet 2005 dans ses dispositions relatives à la transaction (**CE 7 juill. 2006, n° 283178** , D. 2006. IR. 1985 ; AJDA 2006. 1412  ; *ibid.*, 2053, obs. Landais et Lenica  ; RFDA 2006. 1261, obs. Guyomar ).

On approuvera la réponse du juge administratif. Comme l'action publique appartient à la société et que le ministère public n'en a que l'exercice et non la disposition, celui-ci n'a pas normalement le droit de transiger (Bouloc, *Procédure pénale*, 20e éd., Dalloz, 2005, n° 198). La transaction ne peut donc être que tout à fait exceptionnelle et, en outre, soumise à de très strictes conditions sauvegardant le pouvoir d'homologation du procureur de la République (avant poursuite) et du juge (après poursuite).

A titre de comparaison, on évoquera la loi n° 2003-396 du 31 mars 2006 sur le pouvoir de transaction accordé à la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). La transaction y est remarquablement encadrée (Pradel, *Procédure pénale*, 13e éd., Cujas, 2006, n° 255).

## 2 - Point de départ de la prescription. Dissimulation des faits

On connaît la jurisprudence, aujourd'hui très classique, qui retarde le point de départ de la prescription, notamment lorsque l'acte délictueux est par nature clandestin (par ex. Crim. 4 mars 1997, Bull. crim. n° 83 ; D. 1997. IR. 88  ; RSC 1997. 669, obs. Dintilhac  : atteinte à l'intimité de la vie privée et mise en mémoire de données informatives sans l'accord de l'intéressé) et lorsque l'auteur a dissimulé son geste.

Dans cette seconde situation, les meilleurs exemples sont ceux de l'abus de biens sociaux et de l'abus de confiance, la jurisprudence répétant que « *la prescription ne court que du jour où le délit est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* ». Cette formule vient encore d'être rappelée dans une affaire de recel d'abus de confiance (**Crim. 8 févr. 2006, n° 05-80.301**, Bull. crim. n° 34 ; D. 2006. Jur. 2297, note Saenko ; AJ pénal 2006. 214, obs. Saas  ; RTD com. 2006. 683, obs. Bouloc ).

Un contribuable de la Communauté Urbaine de Lille (CUDL) se porte partie civile contre Z et A, respectivement président et directeur de cet établissement public des chefs de détournement de fonds publics et complicité et contre Y du chef de recel, cette dernière ayant occupé de mars à décembre 1992 un emploi rémunéré au cabinet du président de la CUDL alors qu'elle vivait à Paris où elle avait un emploi. La Chambre de l'instruction de Douai (arrêt du 10 déc. 2004) déclare les faits prescrits à l'égard de tous les intéressés. Mais, sur pourvoi de la partie civile, la Chambre criminelle casse cet arrêt qui n'indiquait pas à quelle date l'absence de travail effectif avait été connue (V. déjà dans la même sens., Crim. 7 mai 2002, Bull. crim. n° 107 ; Rev. sociétés 2002. 741, obs. Bouloc  ; RTD com. 2002. 736, obs. Bouloc ).

Cette solution oblige donc les magistrats à indiquer clairement le moment où apparaît pour la première fois l'infraction. Elle est raisonnable puisque tant que les faits restent inconnus de la justice, celle-ci ne saurait les poursuivre. Elle consacre enfin la conception révolutionnaire de la prescription, fondée sur la négligence des autorités qui sont « punies » par l'impossibilité de mettre en mouvement l'action publique alors qu'elles avaient connaissance de l'infraction : les articles 9 et 10 du code de Brumaire an IV fixaient le point de départ de la prescription non au jour des faits, mais au jour où le parquet en avait connaissance. Mais en pratique, la détermination du jour où les faits apparaissent publiquement est malaisée.

## B - Action civile

### 1 - Action exercée devant le juge pénal contre un instituteur

Une jeune collégienne ayant tenu des propos orduriers à connotation sexuelle à l'encontre de son enseignant, celui-ci l'entraîne de force au bureau de la vie scolaire en lui faisant descendre l'escalier sur le dos et en lui donnant quelques légers coups de pied pour la faire se lever. Poursuivi pour violences suivie d'une incapacité inférieure à huit jours, l'enseignant fut condamné tandis que la victime, partie civile, obtint de la juridiction correctionnelle des dommages-intérêts (Nancy, ch. corr., 12 oct. 2005). L'enseignant forma un pourvoi sur l'action civile et la Chambre criminelle cassa l'arrêt d'appel en rappelant que « *si la constitution de partie civile, qui tend seulement à établir la culpabilité du prévenu était recevable, l'action civile en réparation des dommages ne pouvait être suivie contre l'enseignant* » (Crim. 20 sept. 2006, n° 05-87.229, Bull. crim. n° 230 ; D. 2007. Jur. 187, note Ambroise-Castérot ; AJDA 2007. 106  ; AJ pénal 2006. 503, obs. Roussel  ; RPDP 2006. 858, obs. Maistre du Chambon).

Cette solution n'est pas pour surprendre et on peut même dire qu'elle s'imposait (V. déjà dans le même sens, Crim. 31 janv. 1995, Bull. crim. n° 38 ; RSC 1995. 814, obs. Mayaud ). Faut-il rappeler, en effet, que selon l'article L. 911-4 du code de l'éducation, reprenant l'article 2 de la loi du 5 avril 1937, la responsabilité de l'Etat est « substituée » à celle des membres de l'enseignement public (al. 1), lesquels ne peuvent jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime... » (al. 1) et ne peuvent même pas être entendus comme témoins (al. 4) ? La troisième République aura été la République des instituteurs publics !

Si la réparation ne peut être accordée par le juge civil, le juge pénal doit tout de même accueillir la constitution de partie civile des parents agissant au nom de leur enfant victime de violences administrées par son enseignant. On le savait déjà à propos de la banqueroute, des accidents du travail et des fautes non détachables de la fonction commises par les fonctionnaires : dans ces diverses hypothèses, le juge pénal reçoit la constitution de la partie civile qui est donc présente au procès en répression, mais ne peut - pour des raisons techniques diverses - accorder de dommages-intérêts à la victime (Merle, La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction. Consolidation, mise au point ou fluctuation ? *Mélanges A. Vitu*, 1987, p. 397). Dans une formule célèbre, la Chambre criminelle avait, de longue date, averti les praticiens que « l'intervention d'une partie civile peut n'être motivée que par le souci de corroborer l'action publique et d'obtenir que soit établie la culpabilité du prévenu » (Crim. 8 juin 1971, D. 1971. Jur. 594, note Maury). L'intérêt de l'arrêt du 20 septembre 2006 est de le dire en ce qui concerne les enseignants avec plus de clarté que par le passé (Crim. 30 nov. 1994, Bull. crim. n° 387 ; D. 1995. IR. 30 .

### 2 - Interruption de la prescription de l'action civile. Causes et effets

L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 14 juin 2006 (Crim. 14 juin 2006, n° 05-82.900, Bull. crim. n° 181 ; AJ pénal 2006. 447, obs. Royer  ; *ibid.* 456, obs. Royer ) rappelle deux principes que les juges perdent parfois de vue : d'abord celui que les causes d'interruption de l'action publique (tous actes de poursuite et d'instruction) interrompent aussi la prescription de l'action civile ; ensuite celui que l'interruption de la prescription de l'action civile s'effectue « non seulement à l'encontre de tous les participants à l'infraction, mais encore à l'égard de leurs commettants, civilement responsables » (V. aussi Crim. 17 févr. 1986, Bull. crim. n° 62).

La première règle est déduite par la Chambre criminelle de l'article 10, alinéa 1er, seconde phrase du code de procédure pénale ainsi écrit : « *L'action civile... ne peut plus être engagée devant la juridiction répressive après l'extinction du délai de prescription de l'action publique* ». Le sort de l'action civile exercée devant le juge pénal est lié à celui de l'action publique : il y a solidarité comme l'on dit et il est bien évident que celle-ci valant pour le délai de prescription des deux actions vaut nécessairement aussi pour toutes circonstances interrompant le délai de la prescription de l'action publique. Que les deux autres actions aient le même régime avait déjà été affirmé à propos du crime contre l'humanité, l'imprescriptibilité de celui-ci s'appliquant tant à l'action publique qu'à l'action civile (Crim. 1er juin 1995, Bull. crim. n° 202 ; D. 1995. IR. 227 )

La seconde règle possède un fondement proche. Puisque l'action civile au pénal s'accroche à l'action publique quant au délai de prescription et puisque l'effet d'interruption de cette dernière joue *erga omnes* à l'égard de tous les participants (Crim. 1er déc. 2004, Bull. crim. n° 301 ; D. 2005. Pan. 684, spéc. 686, obs. Pradel ) et même à l'égard des victimes (Crim. 17 févr. 1986, Bull. crim. n° 625), il est logique que l'interruption de la prescription de l'action civile s'effectue pour tous les intéressés à l'affaire y compris les commettants civilement responsables. Très logique, la règle est en outre favorable aux victimes.

## II - La preuve

### A - Preuve de l'infraction

#### 1 - Principe de loyauté des preuves. Provocation

La provocation à la commission d'une infraction ne cesse de poser des difficultés aux magistrats soucieux de concilier les nécessités de la recherche des infractions avec le principe de loyauté dans cette recherche (V. pour une théorie générale, Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préface S. Guinchard, Dalloz, 2003).

En voici une nouvelle illustration. Deux mineurs X et Y sont interpellés à deux reprises en flagrant délit de vol à la roulotte début 2005 à la suite de nombreux vols similaires commis peu avant dans le même quartier. Une nouvelle interpellation des deux individus a lieu le 1er février 2005, provoquée par une mise en scène policière. Un policier avait en effet proposé à Y, à la suite des deux premières interpellations, de faire stationner près de l'endroit où les jeunes gens se réunissaient une voiture dans laquelle seraient disposés en évidence un téléphone portable et une sacoche d'ordinateur ; ledit policier avait en outre remis 7 euros à ce mineur afin qu'il puisse offrir une pizza à ses camarades pour les attirer près du véhicule, les policiers se tenant non loin et constatant que Y était censé faire le guet tandis que X forçait la portière du véhicule.

Les juges du fond annulent la procédure à l'égard de Y, mais pas à l'égard de X au motif qu'il a commis le vol de sa propre initiative. Mais, la Chambre criminelle annule la poursuite à l'égard de X aussi bien à l'égard de Y au double visa de l'article 6 de la Convention EDH et de l'article préliminaire du code de procédure pénale (**Crim. 9 août 2006, n° 06-83.219**, Bull. crim. n° 202 ; D. 2006. IR. 2348 ; AJ pénal. 2006. 510, obs. Saas  ; *adde* pour une affaire très proche : Crim. 11 mai 2006, Bull. crim. n° 132 ; D. 2006. IR. 1772  ; AJ pénal 2006. 354, obs. Verges  ; RSC 2006. 848, obs. Finielz , et 879, obs. Renucci  ; RPDP 2006. 859, obs. Maistre du Chambon).

Qu'en penser ? On notera d'abord que la jurisprudence opère une distinction selon l'auteur des manœuvres. S'il s'agit d'une personne privée, la jurisprudence se montre bienveillante et se borne à soumettre la preuve obtenue par provocation à la libre discussion des parties à l'audience (Crim. 19 janv. 1999, Bull. crim. n° 9 ; D. 1999. IR. 84  ; RSC 1999. 588, obs. Delmas Saint-Hilaire ). La solution est plus complexe quand la provocation émane d'un policier.

Or, cet arrêt pose à nouveau la double question de savoir ce qu'est la provocation policière et ce qu'elle peut entraîner.

La loi ne définit pas la provocation policière, et la jurisprudence décide au cas par cas s'il y a ou pas provocation. La doctrine, en revanche, est d'un certain secours. La provocation est le fait d'inciter directement quelqu'un à commettre une infraction, de faire naître la résolution criminelle ou simplement de la renforcer chez celui qui commettra l'infraction, l'amenant ainsi à commettre un délit qu'autrement il n'aurait pas commis (Kuty, *Justice pénale et procès équitable. Notions générales. Garantie d'une bonne administration de la justice*, Larcier, Bruxelles, 2006, n° 848). Le plus souvent, la provocation suppose, en plus de la tromperie, le secret, l'agent opérant sous couverture.

En l'espèce, la provocation est évidente, le policier ayant organisé un véritable « appât » avec la pose d'objets qui ne demandaient qu'à être volés et ayant même remis de l'argent à l'un des individus. Au contraire, il n'y aurait pas provocation dans le cas de policiers cachés dans le placard d'un bureau pour y surveiller une conversation dans une affaire de corruption (Crim. 22 avr. 1992, D. 1995. Jur. 59, note Matsopoulou  ; V. aussi Crim. 8 juin 2005, Bull. crim. n° 173).

Quant à ses effets, la provocation entraîne normalement la nullité de la procédure. C'est ce qui fut déclaré, en l'espèce, au motif que le principe du procès équitable avait été bafoué. La Cour européenne avait décidé pareillement avec l'arrêt de principe *Teixeira de Castro c/ Portugal* du 9 juin 1998 où l'on peut lire que « *l'intérêt public ne saurait justifier l'utilisation d'éléments recueillis suite à une provocation policière dès lors que dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité* » (§ 36). Ce qui est également remarquable dans l'arrêt du 9 août 2006, c'est que la Chambre criminelle étend la nullité de la procédure au coauteur qui n'avait pas été approché par le policier : c'est en effet l'ensemble de la procédure qui a été viciée, directement à l'égard de Y et « par ricochet » à l'égard de X qui a été manipulé par Y lui-même manipulé par le policier.

Il y a toutefois une hypothèse où la provocation policière est licite : c'est celle où l'infraction est de criminalité organisée, mais à la condition que la manoeuvre serve à révéler l'infraction pour mieux la prouver, non à la commettre (art. 706-81 s. C. pr. pén.), système étendu par une loi du 5 mars 2007 à certaines autres infractions (art. 706-35-1 et 706-47-3 C. pr. pén.).

## 2 - Audition d'une partie civile par l'expert sans autorisation du juge d'instruction

Le juge d'instruction avait commis un expert en lui donnant pour mission de procéder à l'étude de la comptabilité d'une société, en précisant qu'aucune audition ne pourrait avoir lieu sans autorisation préalable de sa part. L'expert entendit cependant à plusieurs reprises le représentant de la partie civile et l'expert comptable de la société. Une personne mise en examen souleva la nullité de l'expertise. La Chambre criminelle y vit une « *irrégularité méconnaissant une règle touchant à l'organisation judiciaire à laquelle les dispositions de l'article 802 du code de procédure pénale sont étrangères* » (**Crim. 17 janv. 2006, n° 05-86.326**, Bull. crim. n° 19 ; D. 2006. IR. 531 ; AJ pénal 2006. 175, obs. Girault ).

Naguère, la Chambre criminelle avait fait preuve de plus de souplesse en considérant que cette irrégularité « *ne doit pas donner lieu à l'annulation de l'enquête, dès lors qu'il n'en était résulté aucune atteinte aux intérêts* » des parties (Crim. 13 avr. 2005, Bull. crim. n° 132 ; D. 2005. IR. 1377 .

Pour résoudre la difficulté de choisir entre les deux théories, il faut savoir quelle est la nature des pouvoirs de l'expert. On doit admettre que la répartition des pouvoirs entre juge et expert touche à l'organisation judiciaire et à la compétence : les auditions et interrogatoires sont normalement de la compétence des juges sauf si ceux-ci autorisent les experts à le faire, en application de l'article 164, alinéas 1 et 2, du code de procédure pénale. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'était nulle l'expertise contenant les déclarations de l'inculpé obtenues par un questionnaire que lui avait adressé le technicien (Crim. 2 mars 1972, Bull. crim. n° 82). Or, les questions d'organisation judiciaire et de compétence sont d'ordre public selon la jurisprudence (Crim. 3 févr. 1988, Bull. crim. n° 55 ; 13 mai 1996, Bull. crim. n° 199 ; Pradel et Varinard, GAPP, 5e éd., Dalloz, 2006, n° 23). Elles sont donc étrangères à l'article 802 du

code de procédure pénale qui normalement permet de sauver les procédures en cas d'absence de grief pour une partie. Ainsi le revirement de jurisprudence est-il justifié.

B - Preuve de la condamnation. Dispense de son inscription au bulletin n° 2 du casier Judiciaire. Portée

L'article 775-1 du code de procédure pénale permet au tribunal d'exclure expressément la mention au bulletin n° 2 du casier judiciaire d'une condamnation prononcée par lui. Et, ajoute le texte, cette exclusion entraîne relèvement des peines complémentaires. On y verra un instrument de réinsertion sociale puisque les autorités ayant droit de réclamer le bulletin n° 2 ne connaîtront pas le passé pénal du condamné. Toutefois, une loi du 9 mars 2004 a ajouté un alinéa à cet article, indiquant que cette double faveur n'est pas applicable aux personnes condamnées pour l'une des infractions mentionnées à l'article 706-47 (qui énumère diverses infractions sexuelles). Cette réserve est prudente car on imagine mal une institution pour mineurs recrutant un individu déjà condamné pour agressions sexuelles.

Se pose alors la question de savoir si la réserve introduite en 2004 concerne même des faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004. La Chambre criminelle a donné une réponse négative (**Crim. 25 avr. 2006, n° 05-86.876**, Bull. crim. n° 112 ; D. 2006. IR. 1560, et 2007. Pan. 399, obs. Roujou de Boubée, Garé et Mirabail ; RSC 2006. 851, obs. Finielz ).

Deux thèses s'affrontaient. On pouvait d'abord faire rétroagir la loi nouvelle en considérant l'exclusion de la condamnation non comme une peine, mais comme une mesure de protection sociale. On pouvait aussi ne pas la faire rétroagir en se fondant sur l'article 112-2, 3°, du code pénal selon lequel les lois relatives au régime d'exécution et d'application des peines sont d'application immédiate sauf à ajouter que « *lorsqu'elles auraient pour résultat de rendre plus sévères les peines prononcées par la décision de condamnation* », ces lois « *ne sont applicables qu'aux condamnations prononcées pour des faits commis postérieurement à leur entrée en vigueur* ». La circulaire d'application du 4 mai 2004, prise à la suite de la loi du 9 mars 2004, adoptait la même doctrine. Cette analyse est conforme au principe de la non-rétroactivité d'une loi nouvelle plus sévère. Elle implique inéluctablement l'exclusion de la mention de la condamnation quand celle-ci est afférente à des faits antérieurs à l'application de la loi de mars 2004.

III - L'instance

A - Instruction

1 - Invocation par un mis en examen d'une nullité concernant un tiers

A l'occasion d'un contrôle d'identité visant X, celui-ci dénonce Y comme étant son fournisseur de drogue. Au cours de l'instruction, Y, mis en examen pour infraction à la législation sur les stupéfiants, soulève la violation de l'article 78-2 du code de procédure pénale, sur les contrôles d'identité. La Chambre d'instruction rejette la demande de Y au motif qu'il est sans qualité pour invoquer une irrégularité concernant un tiers, seul ce dernier pouvant le faire. Tel n'est pas l'avis de la Chambre criminelle : pour elle, un demandeur en nullité « *peut invoquer l'irrégularité d'un acte de procédure concernant un tiers si cet acte, illégalement accompli, a porté atteinte à ses droits* » (**Crim. 6 sept. 2006, n° 06-84.869**, Bull. crim. n° 208 ; D. 2006. IR. 2483 ; AJ pénal 2006. 509, obs. Girault ).

Récemment encore, la Chambre criminelle décidait l'inverse en considérant qu'une partie ne peut agir « *que si l'irrégularité la concerne* » (Crim. 14 déc. 1999, Bull. crim. n° 304 ; D. 2000. IR. 153  ; Dr. pén. 2000, chron. 31, obs. Marsat). En application de cette conception restrictive, elle avait peu après jugé qu'un mis en examen ne peut solliciter l'annulation d'un procès-verbal d'audition comme témoin d'une autre personne en invoquant une violation, au préjudice de cette dernière, de l'article 105 du code de procédure pénale (Crim. 4 mars 2004, Bull. crim. n° 57 ; D. 2004 IR. 1213  ; AJ pénal 2004. 207, obs. Leblois-Happe  ; V. aussi Crim. 2 mai 1968, Bull. crim. n° 136).

L'arrêt du 6 septembre 2006 est plus favorable au demandeur en nullité. Il est aussi plus juste <sup>6</sup>

en droit car l'article 171 du code de procédure pénale vise la violation d'une disposition de procédure pénale ayant « *porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Une lecture littérale de ce texte doit permettre à une partie de soulever une nullité, même si elle n'a pas été directement victime de cette violation. Il suffit qu'elle ait souffert en fait de l'irrégularité, fût-ce indirectement et comme par ricochet.

Il n'en reste pas moins que la nouvelle interprétation, large, de l'article 171 pourra susciter l'hésitation dans certains cas. Si, en effet, on accueille une partie n'ayant subi qu'un préjudice indirect, où fixer la frontière au-delà de laquelle le demandeur ne sera plus recevable, faute d'un préjudice si indirect qu'il en devient douteux ? La réponse à la question est évidemment de fait. On sait bien que le grief, au sens de l'article 802 du code de procédure pénale s'entend du préjudice effectif car c'est l'importance concrète du grief (et non pas la gravité de la violation) qui dicte l'exclusion de l'article 802. Ce texte parle d'une irrégularité qui « *a eu pour effet de porter atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* ». Cette solution s'accorde bien avec celle qui veut qu'un mis en examen puisse invoquer l'irrégularité d'un acte dépendant d'une procédure distincte, dès lors qu'il établit que cet acte lui fait grief dans la procédure soumise à la Chambre de l'instruction (Crim. 31 oct. 2006. Bull. crim. n° 263 ; AJ pénal 2007. 36, obs. Girault  ; 15 févr. 1906, S. 1909. I. 226, note Roux ; Pradel et Varinard, GAPP, 5e éd., Dalloz, 2006, n° 18, p. 203).

## 2 - Devoirs de la Chambre de l'instruction annulant des actes de procédure et évoquant l'affaire

Une Chambre de l'instruction ayant annulé des actes et évoqué l'affaire peut-elle immédiatement rendre un non-lieu ? Une Chambre de l'instruction l'avait cru (Poitiers, 13 sept. 2005). Mais, la Chambre criminelle, statuant pour la première fois sur cette question semble-t-il, a censuré l'arrêt poitevin en se fondant sur l'article préliminaire du code de procédure pénale (**Crim. 19 sept. 2006, n° 05-85.941**, Bull. crim. n° 224 ; D. 2006. Jur. 3045, note Royer ; AJ pénal 2006. 451, obs. Girault ). La Haute juridiction reproche, en effet, à la juridiction d'appel de ne pas avoir invité les parties à présenter leurs observations sur le règlement éventuel de la procédure et d'avoir ainsi méconnu le principe du contradictoire, effectivement visé à l'alinéa 1 de l'article préliminaire.

La cassation était inévitable, du fait de la violation de ce principe directeur. La Chambre criminelle aurait pu viser aussi l'article 6, § 1, de la Convention EDH sur le droit à un procès équitable : en effet, l'équité du procès inclut notamment le principe du contradictoire (CEDH 20 févr. 1996, *Lobo Machado c/ Portugal*, RTD civ. 1997. 1006, obs. Marguénaud  : possibilité pour les parties de prendre connaissance de toutes les pièces présentées au juge en vue d'influencer sa décision et de la discuter, § 93). La solution se fonde aussi sur l'article 206, alinéa 3, du code de procédure pénale qui veut « *qu'après annulation, la chambre peut soit évoquer et procéder dans les conditions prévues aux articles 201, 202 et 204, soit renvoyer le dossier de la procédure* » à un juge d'instruction. Or, l'article 201 est relatif au supplément d'information. D'où l'on peut déduire qu'après annulation et évocation, la Chambre de l'instruction doit ordonner un supplément d'information qu'elle assurera elle-même ou renvoyer l'affaire à un juge d'instruction ce qui permettra aux parties de connaître le dossier et de proposer des mesures d'investigation. On vise ici la partie civile puisque le mis en examen ne peut se plaindre d'un non-lieu. En somme, un non-lieu intempestif, suivant immédiatement l'évocation, frustre les parties civiles du droit d'obtenir la vérité. C'était bien le cas en l'espèce.

Dans une hypothèse proche, la Cour de cassation a d'ailleurs jugé que la Chambre de l'instruction ne peut renvoyer le dossier à un juge d'instruction si elle a évoqué sans ordonner de supplément d'information (Cass., ass. plén., 3 mars 2000, Bull. crim. n° 102 ; D. 2000. IR. 100  ; Procédures 2001, comm. 189, obs. Buisson).

Plus généralement, toute décision juridictionnelle doit être précédée d'un débat contradictoire et par exemple, le tribunal qui envisage de changer la qualification figurant dans l'acte le saisissant doit en informer le prévenu pour qu'il puisse s'expliquer (CEDH 25 mars 1999, *Pelissier c/ France*, D. 2000. Jur. 357, note Roets  ; RTDH 2000. 281, obs. Flécheux et

Massis).

### 3 - Saisie pratiquée au domicile du client d'un avocat et pour une autre affaire

Au cours d'une perquisition effectuée pendant une enquête préliminaire au domicile d'une personne ultérieurement mise en examen, les enquêteurs saisissent une correspondance qui lui avait été adressée par son avocat ainsi qu'un brouillon de réponse de l'intéressé. Le mis en examen soulève devant la Chambre de l'instruction la nullité de cette saisie pour violation des droits de la défense. La Chambre rejette la requête au motif que ces correspondances concernaient des réparations civiles au paiement desquelles l'intéressé avait été condamné dans une instance pénale distincte. Plus précisément, les lettres saisies dans le cadre d'une enquête préliminaire ouverte pour détention d'images de mineurs à caractère pornographique portaient sur une autre procédure déjà clôturée par une condamnation pénale de l'intéressé (Grenoble, 1er sept. 2006). Sur pourvoi de ce dernier, la Chambre criminelle casse l'arrêt grenoblois car les courriers « *n'étaient pas dépourvus de tout lien avec l'exercice des droits de la défense* » (Crim. 13 déc. 2006, n° 06-87.169, D. 2007. AJ. 306, obs. Girault).

On sait de longue date que le respect des droits de la défense implique l'insaisissabilité des correspondances échangées entre le conseil et son client. La règle, très naturelle, est affirmée à la fois par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 sur certaines professions judiciaires et juridiques et par une jurisprudence abondante et ferme (V. par ex. Crim. 7 mars 1994, Bull. crim. n° 87 ; D. 1994. Somm. 188, obs. Pradel, et D. 1995. Somm. 167, obs. Brunnois  ; RSC 1994. 576, obs. Marin  ; JCP 1994. II. 22252, note Martin). Il n'y a d'exception à cette règle que si les enquêteurs veulent établir la participation de l'avocat à une infraction (Crim. 12 mars 1992, Bull. crim. n° 112 ; D. 1993. Somm. 207, obs. Pradel, et D. 1994. Somm. 134, obs. Brunnois ) ou encore si les correspondances constituent le corps même de l'infraction (Crim. 9 févr. 1988, Bull. crim. n° 63 ; 30 juin 1999, D. 1999. Jur. 458, note Pradel, et Somm. 322, obs. Pradel  ; RSC 1999. 840, obs. Commaret  ; JCP 1999. II. 10177, note Martin ; Procédures 1999. 236, obs. Buisson).

L'originalité de la présente affaire tient au fait que les lettres saisies faisaient référence à une autre procédure, elle-même définitivement close et, plus précisément, concernaient l'exécution d'une condamnation pénale au suivi socio-judiciaire. Il peut cependant y avoir interférence entre les deux dossiers comme il apparaît dans le cadre d'une hypothèse différente d'écoutes téléphoniques effectuées dans le cadre d'un dossier et jointes ensuite à un autre (CEDH 29 mars 2005, *Matheron c/ France*, D. 2005. Jur. 1755, note Pradel  ; RSC 2006. 662, obs. Massias  ; JCP 2005. II. 10091, note Di Raimondo, arrêt affirmant le droit pour tout intéressé partie dans la seconde procédure de faire contrôler la régularité desdites écoutes). On admettra donc que l'annulation de la saisie était fondée, encore que le lien entre cette saisie et la défense du mis en examen dans la procédure en cours n'était pas évident. Cette solution, très favorable à la défense, s'explique par le caractère presque sacré de cette notion et les arrêts parlent parfois du « principe de la libre défense » qui domine toute la procédure criminelle et qui commande de respecter les communications confidentielles des accusés avec les avocats qu'ils ont choisi ou veulent choisir (Crim. 6 mars 1958, Bull. crim. n° 230, D. 1958. 696).

### 4 - Ordonnance du juge d'instruction expliquant la durée de la procédure. Nature

Dans le souci d'une plus grande célérité, l'article 175-2 du code de procédure pénale décide : « *Si à l'issue d'un délai de deux ans à compter de l'ouverture de l'information, celle-ci n'est pas terminée, le juge d'instruction rend une ordonnance motivée par référence aux critères prévus à l'alinéa précédent* » (complexité des investigations nécessaires) « *expliquant les raisons de la durée de la procédure, comportant les indications qui justifient la poursuite de l'infraction et précisant les perspectives de règlement. Cette ordonnance est communiquée au président de la Chambre de l'instruction qui peut, par requête, saisir cette juridiction...* ».

Un mis en examen pour lequel l'ordonnance précitée n'avait pas été rendue dans les deux ans s'en était plaint devant la Chambre de l'instruction. Celle-ci ne le suit pas, la nullité n'étant pas prévue par l'article 175-2 et ladite ordonnance n'étant pas de nature juridictionnelle. Et la

Chambre criminelle approuve la solution et sa motivation (**Crim. 17 janv. 2006, n° 05-82.197**, Bull. crim. n° 20 ; D. 2006. IR. 533 ; AJ pénal 2006. 177, obs. Saas ).

Une Chambre de l'instruction avait déjà dit la même chose en indiquant - ce qui est voisin - que cette ordonnance ne peut faire l'objet d'aucun recours (Paris, ch. inst., 20 déc. 2002 ; V. Morvan, L'ordonnance justifiant la poursuite de l'instruction de l'article 175-2 du code de procédure pénale : critique d'un arrêt de règlement, D. 2003. Chron. 2511 .

La solution est bien fondée car cette ordonnance qui n'est pas juridictionnelle est en fait inutile. S'il y a du retard dans la procédure, ce n'est pas la faute du magistrat instructeur et il ne sert à rien d'alourdir encore sa tâche par des actes futiles qui n'accroîtraient pas la rapidité de la procédure. A quoi bon créer de telles dispositions alors que les juges font ce qu'ils peuvent dans des affaires complexes : il s'agissait en l'espèce d'une affaire de vols avec arme et de vols aggravés. Dans sa naïveté, le législateur a au moins eu la sagesse de ne pas prévoir la sanction de la nullité !

L'hypothèse de l'article 175-2 rappelle celle de l'article 75-2 qui veut que l'enquêteur menant une enquête préliminaire avise le parquet de sa découverte d'un suspect. Là encore la nullité n'est pas prévue (heureusement) et la Chambre criminelle a jugé que la violation de cette obligation n'affecte pas la validité de l'audition du mis en examen à l'issue de laquelle sont apparus les indices (Crim. 23 août 2005, Bull. crim. n° 209 ; D. 2006. Pan. 617, obs. Pradel .

## B - Jugement

### 1 - Absence de défenseur choisi par le prévenu. Effets

Devant la chambre des appels correctionnels, un prévenu sollicite le renvoi de son affaire parce que l'avocat choisi par lui n'est pas présent. Le président lui offre l'assistance de l'avocat de permanence. Devant son refus, la juridiction passe outre et le condamne à dix-huit mois d'emprisonnement. Mais, la Chambre criminelle casse cette décision au visa de l'article 6, § 3 c, de la Convention EDH selon lequel l'accusé peut « *se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un conseil de son choix...* » (Crim. 24 mai 2006, Bull. crim. n° 147 ; D. 2006. IR. 1704  ; AJ pénal 2006. 412, obs. Leblois-Happe  ; RSC 2006. 847, obs. Finielz .

Longtemps, notre jurisprudence a été plus réservée. Un premier arrêt avait approuvé le refus de renvoi opposé par la juridiction en invoquant l'absence de justification à la non-présence de l'avocat et en ajoutant que le refus de désigner un avocat d'office excluait toute violation de l'article 6, § 3, de la Convention EDH (Crim. 17 mai 1993, Dr. pén., oct. 1993, obs. Lesclous et Marsat). Un second arrêt, plus net encore, avait opposé la règle que « *la nécessité d'assurer le cours de la justice et de permettre le jugement des prévenus dans un délai raisonnable font obstacle à ce que l'absence de défenseur choisi entraîne nécessairement le renvoi de l'affaire* » (Crim. 17 janv. 1996, Bull. crim., n° 29). En somme le refus de renvoi ne gêne pas la défense tout en évitant de retarder le cours de la justice.

La Cour européenne est plus protectrice des droits de l'accusé : si celui-ci ne veut pas se défendre lui-même, il a droit à l'assistance d'un avocat de son choix (CEDH 25 avr. 1983, *Pakelli c/Allemagne*, § 31, RSC 1984. 138, obs. Pettiti). Les juges européens ajoutent aussi dans une affaire italienne que la désignation d'un avocat d'office ne connaissant ni le dossier ni le client fait que l'accusé n'a pas bénéficié d'une défense « *concrète et effective* » comme l'eût voulu l'article 6, § 3 c, dont les exigences ont été méconnues (CEDH 9 avr. 1984, *Goddi c/ Italie*, § 26, 27 et 32, AFDI 1985. 394, obs. Coussirat-Coustère). Il faut bien reconnaître que dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 24 mai 2006, l'imposition immédiate d'un avocat de passage aurait nui à la défense du prévenu. D'autant plus que les faits étaient graves et qu'il avait déjà été condamné en première instance. Ce droit à un défenseur de son choix par l'accusé est si essentiel aux yeux des juges de Strasbourg que ceux-ci décident que « *toute mesure restreignant les droits de la défense doit être absolument nécessaire* » (CEDH 18 mars 1997, *Van Mechelen et autres c/ Pays-Bas*, § 38). D'où l'on peut déduire que le refus de renvoi lié à la désignation d'un avocat d'office doit être d'application extrêmement restrictive.

Dans ce contexte, on comprend l'attitude de la Chambre criminelle. Rien n'imposait formellement de retenir l'affaire. Le renvoi s'imposait.

## 2 - Requalification des faits par la juridiction de jugement

Deux individus sont renvoyés en jugement par ordonnance du juge d'instruction sous la qualification de complicité des délits d'abus de biens sociaux et de recel. Les juges du fond condamnent les prévenus pour recel d'abus de biens sociaux sans les avoir mis en mesure de présenter leur défense sur la nouvelle qualification et la Chambre criminelle les approuve : tout en regrettant le procédé des juges du fond, elle observe que les faits constituaient des actes d'aide et d'assistance antérieurs ou concomitants aux délits d'abus de biens sociaux et de recel de sorte qu'il y avait bien complicité ; elle ajoute aussi que les prévenus se sont expliqués sur les faits.

A première vue, le lecteur peut s'étonner du sens de cet arrêt. Une décision remarquée de la Cour EDH a rappelé que les juges doivent informer le prévenu d'un éventuel changement de qualification afin qu'il puisse s'expliquer (CEDH 25 mars 1999, *Pélissier c/ France*, D. 2000. Jur. 357, note Roets<sup>1</sup>, arrêt affirmant que la défense doit s'exercer « *de manière concrète et effective* », § 62). Beaucoup de décisions de la Chambre criminelle ont emboîté le pas à cet arrêt européen (Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 870). Et du reste dans notre affaire (**Crim. 14 juin 2006, n° 05-82.900**, Bull. crim. n° 181 ; AJ pénal 2006. 447, obs. Royer<sup>2</sup>, et 456, obs. Royer<sup>3</sup>), la Chambre criminelle regrette que les prévenus n'aient pas été mis en mesure de présenter leur défense sur la nouvelle qualification (« *Attendu que si c'est à tort que la cour d'appel a requalifié les faits sans avoir mis les prévenus...* »).

Pourtant, en l'espèce, les prévenus ont pu s'expliquer à l'audience de sorte que les droits de la défense ont été sauvegardés. De plus, que les faits s'analysent en complicité d'abus de biens sociaux et de recel (thèse du juge d'instruction) ou en recel d'abus de biens sociaux (thèse des juges du fond), la peine prévue est la même, à savoir cinq ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende (art. 321-1 C. pén. pour le recel, L. 242-6 C. com. pour l'abus de biens sociaux, et 121-6 C. pén. selon lequel le complice est puni comme s'il était auteur). On en arrive à une solution originale : la Chambre criminelle confirme l'analyse du magistrat instructeur tout en ne cassant pas la décision du fond dont les juges avaient adopté une autre analyse qui pourtant aboutissait au même résultat. Dès lors, il était inutile de casser l'arrêt d'appel. On est très proche de la théorie de la peine justifiée à ceci près qu'en l'espèce, le pourvoi visait la violation des droits de la défense (et implicitement la violation de la jurisprudence *Pélissier*) et non l'erreur dans la qualification.

## 3 - Délai d'appel du procureur général plus long que celui des autres parties. Jurisprudences nationale et européenne

On sait que le délai d'appel ouvert au prévenu et au procureur de la République est de dix jours (art. 498 C. pr. pén.) alors qu'il est de deux mois pour le procureur général (art. 505 C. pr. pén.), ce délai partant à compter du jour du prononcé du jugement. Aussitôt, se pose la question de savoir si cette inégalité arithmétique dans le délai viole le principe de l'égalité juridique des armes. On rappellera, en effet, que pour la Cour européenne, l'égalité des armes est l'un des éléments de la notion plus large de procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention EDH.

Pour la Chambre criminelle, le délai plus long dont bénéficie le procureur général « *n'est pas contraire à l'exigence d'un procès équitable, dès lors que le prévenu bénéficie également d'un droit d'appel et dispose d'un délai lui permettant de l'exercer utilement* » (Crim. 27 juin 2000, Bull. crim. n° 243 ; D. 2001. Somm. 514, obs. Pradel<sup>4</sup> ; 24 oct. 2001, n° 01-81-039 ; 9 janv. 2002, n° 01-84-693).

La Cour européenne a été amenée à prendre position récemment dans les circonstances suivantes : un individu est condamné à sept ans d'emprisonnement pour trafic de drogue et récidive par le Tribunal de Lyon le 22 février 1999. Ni le procureur de la République ni

l'intéressé ne fait appel dans le délai de 10 jours. Mais, le procureur général interjette appel dans le délai de deux mois et le prévenu est plus lourdement condamné, la Cour d'appel de Lyon lui infligeant douze ans (arrêt du 1er juill. 1999). Le prévenu forme un pourvoi en cassation fondé sur la méconnaissance du principe de l'égalité des armes. Son pourvoi est rejeté le 15 mars 2000, la Chambre criminelle estimant que l'article 6 de la Convention EDH n'est pas méconnu puisque le prévenu dispose aussi d'un délai pour faire appel (arrêt du 15 mars 2000). Sans se décourager, le condamné saisit la Cour européenne des droits de l'homme en indiquant pour l'essentiel que l'impossibilité pour lui de former un appel venant à la suite de l'appel du procureur général le met dans une position d'infériorité contraire au principe de l'égalité des armes. Par arrêt du 3 octobre 2006, la Cour EDH lui donne raison à l'unanimité en considérant qu'il y a eu violation de l'article 681 de la Convention EDH (**CEDH 3 oct. 2006, n° 63879/00, Ben Naceur c/ France**, D. 2006. IR. 2525). Qu'en penser ?

A première vue, la position européenne est séduisante. On peut, en effet, comprendre que toutes les parties soient traitées à peu près identiquement, d'autant plus qu'à l'époque où a été jugée l'affaire, le prévenu ne pouvait pas faire appel incident après appel du procureur général (Crim. 29 févr. 2000, Bull. crim. n° 86).

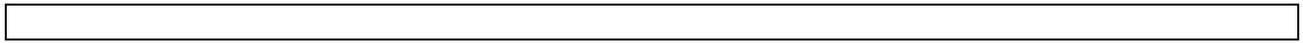
Il est pourtant permis de répondre. En premier lieu, la base de la condamnation de la France, la violation du principe de l'égalité des armes, paraît faible. Le ministère public défend l'intérêt général alors que le prévenu défend le sien propre en sorte qu'ils ne sont pas forcément sur un pied d'égalité (Pradel, Notre procédure pénale défend-elle l'intérêt général ?, RPD 2005. 517 s. ; Danti-Juan, Existe-il encore une égalité en droit pénal ? *Mélanges J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 93 s.). C'est parce que le procureur général défend l'intérêt général au sein de sa Cour qu'il dispose d'un délai plus long que le procureur de la République et le prévenu (V. art. 35 C. pr. pén. selon lequel « *le procureur général veille à l'application de la loi pénale dans toute l'étendue du ressort de la cour d'appel...* »).

En second lieu, la Cour européenne a une conception assez souple de l'égalité des armes. Elle entend que « *chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne le placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* » (V. par ex. CEDH 18 févr. 1997, *Niderost-Huber c/ Suisse*, Rec. 1997. 101 ; sur cette décision V. aussi les obs. de Marguénaud, RTD civ. 1997. 1006 ; 24 févr. 1997, *Dettaes et Gysels c/ Belgique* ; adde Sudre et autres, *Les grands arrêts de la CEDH*, 2e éd., PUF, 2004, p. 236 s.). La formule reste certes assez vague, mais à la limite, elle pourrait justifier la position française sur le délai spécial offert au procureur général puisque le prévenu, pouvant faire appel dans les dix jours n'est pas substantiellement désavantagé par rapport au procureur général.

En troisième lieu, l'appel du seul procureur général n'interdit pas à la cour d'appel de réduire la peine prononcée par les premiers juges : cette possibilité est affirmée à la fois par la loi (art. 515, al. 1, C. pr. pén.) et par la jurisprudence (Crim. 17 janv. 1996, Bull. crim. n° 27). La Cour européenne considère que cette heureuse éventualité ne pouvait guère se réaliser en l'espèce et que *in concreto* le prévenu se trouvait dans une position de net désavantage. A vrai dire, le risque d'aggravation de la peine provenait de la relative indulgence des premiers juges face à des faits très graves (trafic de drogue en état de récidive légale) et il est probable que le prévenu, satisfait de son sort, n'a pas fait appel pour ne pas susciter celui du procureur de la République.

On indiquera enfin que, désormais, la condamnation de la France est d'autant moins justifiée que depuis le rejet du pourvoi formé par le sieur Naceur, le 15 mars 2000, le législateur est venu consacrer la possibilité pour le prévenu de faire appel incident après appel du procureur général (art. 500-1 C. pr. pén. ; adde sur la réforme opérée par une loi du 15 juin 2000, Guinchard et Buisson, *Procédure pénale*, 3e éd., Litec, 2005, p. 1009).

**Mots clés :**  
PROCEDURE PENALE \* Panorama 2006



Recueil Dalloz © Editions Dalloz 2012